III.

Ueber die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz.

Von Gensler.

Ohne mit den in der Proceßlehre so gangbaren Worten: Beweis, Beweismittel und Beweisgründe, feste und klare Begriffe zu verbinden, ist es nicht möglich, die Lehre von dem Beweis überhaupt richtig aufzufassen. Eben weil jene Begriffe noch bis jetzt schwankend sind, und dem Einen dieses, dem Andern jenes bezeichnen, so daß man bald die Beweisgründe unter die Beweismittel zählt, bald in diese aufnimmt, was weder Mittel noch Grund ist, verwirren sich in den einzelnen Lehrbüchern und Abhandlungen die doctrinellen Principien selbst, und der Studirende findet sich überall mit Dunkelheiten und Widersprüchen belästiget. Gönner*) u. Walch**) haben dieses Dunkel beleuchtet; allein die Klarheit leidet noch einen Beitrag. Und wenn auch dieser unvollkommen wäre, so wird er doch Veranlassung geben zur weitern Prüfung und Sichtung jenes so wichtigen Gebietes aller Processe, mögen sie auf der Untersuchungs- oder auf der Verhandlungsmaxime beruhen.

*) In dem Handbuch des gemeinen deutschen Processes. Thl. II. Abh. 36.

**) In dem Magazine für den teutschen gemeinen Proceß, herausgegeben von Martin und Walch. Gött. 1802. B. I. Heft I. Abh. II. S. 63. ff.

Der Verfasser dieser Abhandlung deutete schon früher *) seinen Begriff der Beweis gründe an, wie diese sich scheiden von den Beweis mitteln; er machte schon dort bemerklich, daß man selbst die Beweisgründe weiter sondern müsse, a) in factische oder thatsächliche, und b) in juristische Beweisgründe, ingleichen, daß erstere das Product der Beweismittel, letztere, die juristischen Beweisgründe, aber das Product der factischen Beweis gründe sind. Doch fordert das Ganze ein näheres Ausspinnen, und selbst manche Abweichung in das Gebiet der Principien, um zu zeigen, daß jene Eintheilung in der Natur der Sache ihren Sitz hat, und mit den positiven Grundsätzen der Beweislehre ganz harmonisch ist. Diese Seitenwanderungen in das innere Gebiet jener Lehre sind aber nur kurz, und wo sie auch das Gewöhnliche berühren, geschiehet es doch mit wohl nicht ganz gewöhnlichen Bemerkungen; wenigstens werden sie denjenigen nützlich seyn, welche Sinn für ein wissenschaftliches Studium des gerichtlichen Verfahrens haben, von eigener Forschung aber durch ihre bürgerliche Lage abgezogen werden.

§. 1.

Rechte und Verbindlichkeiten entspringen aus dem Daseyn thatsächlicher Verhältnisse. Um auf solche, zeigen sie sich in der Wirklichkeit, angewendet zu werden, sind die Gesetze zum Voraus gegeben. So die Gesetze auf Thatsachen bezogen, ist Recht und Verbindlichkeit ein Product des Gesetzes, und zugleich dessen Object **). In dem Civilproceß behaupten nun die Parteien das positive oder negative Daseyn thatsächlicher Verhältnisse — facta — damit der Richter, mit dem Blick auf das Gesetz, das Recht

*) In den Grundsätzen der juristischen Vortrags- und formellen Entscheidungskunde in gerichtlichen Rechtsgeschäften. Jena 1815. §. 21. pag. 94 u. a. O.

**) Thibaut, in dem System des Pandectenrechts, §. 55.

und die Zwangspflicht erfinde, deren Anerkennung der behauptende Theil in einem Erkenntniß ausgesprochen und durch die Staatshülfe realisirt wissen will. Die Befugniß und Pflicht des Richters ist jedoch damit bedingt, daß er voran von der Wahrheit jener factischen Basis und Quelle des streitigen Rechtsverhältnisses überzeugt werde*). Da nun schon der Vernunft nach demjenigen, welcher im Kampf mit einem Gegner eine Behauptung zu eigenem Vortheil und zum Nachtheil des angegriffenen Gegners aufstellt, kein Glaube beizumessen ist**), so müssen die Gesetze zunächst andere Mittel und Wege namhaft machen, durch welche und auf welchen der Richter zu jener Ueberzeugung aufrücken kann. Wenigstens müssen die Gesetze die Parteien durch besondere Bedingungen zu dem Selbstzeugniß qualificiren.

§. 2.

Beweis bezeichnet hauptsächlich ***)

---

*) Das promulgirte Gesetz, dessen factisches Daseyn, ist für den Richter schon erwiesen; denn das Gesetzbuch ist eine notorische öffentliche Urkunde, deren Kunde in der Amtspflicht des Richters liegt, und welche ein Theil der Acten jedes Rechtsstreits ist. Das Beziehen auf diese Staatsurkunde ist keine Beweisführung, sondern blos ein Hindeuten zum Zweck der Erinnerung des Richters. Das nicht promulgirte Gesetz aber, Gewohnheitsrecht, Privilegien u. s. w. sind ein unerwiesenes Factum, ihr Daseyn muß also eben so gut bewiesen werden, wie die Wahrheit jedes andern thatsächlichen Verhältnisses. Daher darf auch in der Klagschrift der aus dem promulgirten Gesetz hergenommene, vom Richter hinzuzudenkende, Rechtsgrund unerwähnt bleiben; dahingegen der aus dem nicht promulgirten Recht abgeleitete Rechtsgrund der Einlassung mit ausgestellt werden muß.

**) L. 10. Dig. 22. 5. L. 10. Cod. 4. 20.

***) Nicht alle Eintheilungen des Beweises sind hier zu erwähnen. Zur Seite gestellt bleibt hier z. B. der Begriff des Gegenbeweises mit dessen Eintheilungen u. s. w.

1) den Begriff der processualischen Handlungen, durch welche eine Partei des Richters Ueberzeugung von einer streitigen Thatsache hervorzubringen strebt, d. h. die Beweisführung. Daher Beweisantretung, Beweisfortsetzung, Beweis-Instanz.

In diesem Sinne kann der Beweis seinem Resultat nach ein Nichtbeweis in Hinsicht auf den unter 2) nachfolgenden Begriff seyn, ja die entgegengesetzte Wirkung hervorbringen *). Auch kann man in jenes Gebiet unter 1. die Begriffe des directen und indirecten oder künstlichen Beweises verlegen, insofern nämlich der Beweisführer den Richter direct von der Wahrheit des Beweissatzes, d. h. der streitigen Thatsache, zu überzeugen sich bestrebt, oder zunächst von einer andern Thatsache, von deren Wahrheit aus der Richter auf die Wahrheit der streitigen Thatsache eine Schlußfolgerung ziehen soll. §. 5. nr. II. 2. not. 3.

2) den bezweckten Erfolg der Beweisführung — die Ueberzeugung des Richters. Hier entstehen die Begriffe des vollständigen und unvollständigen Beweises. Denn jene persuasio judicis hat Grade.

3) die Beweismittel und Beweisgründe. **)

a) Beweismittel ist die äußere Sache ***), das Subject oder Object, deren Gebrauch die Grundlage zu jener richterlichen Ueberzeugung zum Resultat haben soll.

---

*) Z. B. des Beweisführers eigene Zeugen bekunden das Gegentheil seines Beweissatzes.

**) Wenigstens ist es Sprachgebrauch, z. B. die Urkunde und ihren Inhalt, den Zeugen und dessen Aussage u. s. w., mit dem Namen Beweis zu belegen. Metaphysisch läßt es sich nicht rechtfertigen.

***) Personen mit inbegriffen.

b) Beweisgrund ist das Product des Beweismittels; und zwar:

α) factischer Beweisgrund, d. h. das nächste, mit den äußern Sinnen aufzufassende, Product des Beweismittels.

β) juristischer Beweisgrund, d. h. was der gesetzkundige Richter durch seine juristische Reflexion aus dem factischen Beweisgrund für seine Ueberzeugung abstrahirt, sey es vollkommene oder unvollkommene juristische Wahrheit, oder auch kein Theil von dieser, juristische Unwahrheit. So vereiniget sich nun juristischer Beweisgrund und Beweis, §. 2. nr. 1. zu einem Ganzen — erster ist die Seele des letzten.

§. 3.

Die Wahrheit factischer Verhältnisse läßt sich nur in der Ausnahme mathematisch ausforschen und feststellen. Eben so ist es nur selten möglich, daß der Richter das Daseyn oder Nichtdaseyn thatsächlicher Verhältnisse mit seinen eigenen, äußern, physischen Sinnen auffasse. Tritt jene erste Möglichkeit ein, so liegt eine allgemeine, absolute, Wahrheit vor *). Ist es dem Richter möglich, die streitige Thatsache schon allein mit seinen äußern physischen Sinnen so aufzufassen, daß jeder vernünftige Mensch die nämliche äußere Erscheinung eben so percipiren würde **), ohne Beimischung einer besondern rationellen Seelenthätigkeit, so stellt der Mensch diesen physischen Sinnen-Befund

*) Z. B. das Finden einer mathematischen Größe, durch geometrische Ausmessung.

**) Z. B. das Daseyn eines Grabens, einer Anhöhe, eines Gebäudes u. dgl.

der absoluten Wahrheit gleich — es ist evidentia facti vorhanden.

Wo weder jene noch diese absolute Wahrheit eintrifft, müssen andere Mittel und Wege zur Wahrheit erlaubt und geöffnet seyn. So ist es auch. Allein da in diesem letzten Gebiet des Richters Ueberzeugung nur aus andern Quellen, als derjenigen der allgemeinen factischen Gewißheit und dem Befund mit seinen eigenen physischen Sinnen, geschöpft werden kann, so haben die Gesetze die höchste Wahrscheinlichkeit zur juristischen Wahrheit erheben und einen juristischen Zwangsglauben begründen müssen *). Sie gebieten z. B. dem Richter, die historische, harmonische, eidlich bestärkte Aussage zweier tadelloser vernünftiger Subjecte von einem bestimmten Alter für wahr zu achten u. s. w. **). Da aber diese Wahrheit nicht Wahrheit für alle Vernunftwesen ist, so soll sie auch nur als relative Wahrheit gelten, d. h. nur in Bezug auf die Parteien und deren jetzt streitiges Rechtsverhältniß für Wahrheit angenommen werden, damit es doch möglich werde, den Streit zu endigen. Deshalb erstreckt sich auch diese juristische Wahrheit, eben so, wie die res judicata, nicht über die Gränze jenes Rechtsstreites hinaus ***). Sie kann eine materielle

*) Von mathematischer Wahrheit und der evidentia facti abgesehen, bringen die Beweisgründe aller übrigen Beweismittel in ihrer höchsten Vollkommenheit doch nur eine Rechtsvermuthung hervor — selbst das Bekenntniß §. 7. und die öffentliche Urkunde. Daher auch der Satz: „für diese streite eine Rechtsvermuthung.“ Eben so begründet die harmonische Aussage zweier classischen Zeugen doch nur eine Vermuthung der Wahrheit. Deshalb auch die Erscheinung der directen Gegenbeweise in dem Proceß.

**) Man sehe unten §. 6.

***) Was daher in dem einen Civilproceß blos juristisch bewiesen ist, ist es deshalb nicht auch in dem andern Rechtsstreit. —

Unwahrheit seyn; und da diese durch die Form des Processes zur juristischen Wahrheit erhoben wird, so führt sie auch den Namen formelle Wahrheit. Dabei haben die Gesetze das Möglichste gethan, haben selbst die Religion, die Eide, zur Hülfe genommen u. dgl., um die Basis des juristischen Zwangsglaubens nach menschlichen Kräften zu befestigen.

§. 4.

Beweismittel und Beweisgründe mit und neben einander betrachtet, sind:

I. Das Gesetz selbst, insofern es gebietet, ein Factum, auch ohne Benützung einer andern Ueberzeugungsquelle, ohne weitere Beweisführung §. 2. nr. 1, sobald und sofort für wahr, oder resp. unwahr zu halten, als der Richter von der Wahrheit desjenigen factischen Verhältnisses überzeugt ist, aus welchem das Gesetz eine Fol-

---

Hier muß das nämliche Factum abermals formgerecht bewiesen werden, obgleich die nämlichen Beweismittel nochmals gebraucht werden können. Selbst das Geständniß wirkt nicht über den nämlichen Streitpunkt unter den nämlichen Parteien und deren Nachfolgern in jenem Rechtsverhältniß hinaus. L. 52. pr. Dig. 2. 14. L. 22. Dig. 11. 1. L. 13. in fin. Cod. 4. 30. Cap. 10. X. 2. 19. (vermöge der hier sich findenden Worte „in eundem casum"). Auch folgt dieses schon daraus, weil das Geständniß aus dem Dispositionsrecht des Confitenten hervorgeht, und dieser im Verhältniß zu einem Mitbürger etwas einräumen darf, was nicht materiell wahr ist, und was er dem andern Mitbürger nicht zugestehen will. Noch weniger kann das fingirte Geständniß, als poena, aus seiner Gränze gehoben werden. Die absolute Wahrheit hingegen, mit Einschluß der formgerecht befundenen physischen Wahrheit, evidentia facti, ist und wird allgemeine Wahrheit; d. h. Wahrheit für alle Menschen, vermöge der Uebereinstimmung ihrer äußern physischen Sinnen, und kann daher auch von andern Interessenten des physisch als wahr befundenen factischen Verhältnisses benützt werden.

gerung zu ziehen und diese für wahr anzunehmen gebietet. Diese gesetzlich gebotene Wahrheitsfolgerung ist die Rechtsvermuthung, praesumtio juris, d. h. praesumtio veritatis ex lege *). Das Gesetzbuch, diese öffentliche Urkunde, ist hier das Beweis mittel, sein materieller Inhalt ist der factische Beweisgrund, welcher sofort durch den gesetzlichen Willen und Befehl in den juristischen Beweisgrund übergeht. Die Rechtsvermuthung ist nur juristische Wahrheit, und wenn ein specielles Gesetz deren Zerstörung nicht untersagt, wie bei der qualificirten Rechtsvermuthung, praes. juris et de jure, so kann sie durch Gegenbeweis in juristische Unwahrheit aufgelößt werden **). Die praesumtio juris et de jure begründet an sich auch nur einen juristischen Zwangsglauben; allein das Gesetz gebietet, sie der absoluten Wahrheit gleichzustellen ***). Beide Arten der Rechtsvermuthung sind aber, als blose Folgerungen, bedingt mit der Wahrheit eines factischen Rechtsverhältnisses, aus welchem das Gesetz selbst eine

*) Die Rechtsvermuthung ist eine von dem Gesetzgeber selbst gezogene und dem Richter gebietend vorgezeichnete Folgerung — eine Vermuthung der Wahrheit — und insofern mehr, als Vermuthung im Sinn des gemeinen Sprachgebrauchs, oder als die sogenannte menschliche Vermuthung lit. b. Man könnte sagen: „der Gesetzgeber habe sich selbst als vollbeweisenden Zeugen dargestellt.“ Ob seine Folgerung oder Aussage logisch starkschlüssig ist, oder ein schwacher Schluß, darauf kommt nichts an. Das sic volo, sic jubeo giebt hier die Beweiskraft.

**) L. 24. Dig. 22. 3. L. 2. § 1. Dig. 2. 14. L. 9. §. 4. L. 22. Dig. 34. 5. L. 7. Dig. 26. 7.

***) L. 14. Cod. 4. 30. Cap. 30. X. 4. 1. Martin in dem Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, §. 123. f. ed. 1818.

juristische Wahrheit folgert *). Diese Basis, factische Quelle, Prämisse, der Rechtsvermuthung kann einer besondern Beweisführung, §. 2. nr. 1, durch andere Beweismittel bedürfen, ist jene factische Basis vom Gegner verneint **). Wenn z. B. aus L. 2. §. 1. Dig. 2. 14. auf Remission der Schuld aus dem Zurückgeben der Schuldschrift gesetzlich geschlossen werden und dieser Schluß für interimistische Wahrheit gelten soll, so muß der Schuldner erst bewiesen haben, « daß dessen Gläubiger die solchem eingehändigte Schuldschrift ihm, dem die Remission behauptenden Schuldner, zurückgegeben hat » ***).

§. 5.

Sodann

II. der Richter selbst, und zwar

1) durch dessen sinnliche Wahrnehmung, Perception mit den äußern physischen Sinnen ****).

---

*) Denn jedes Recht und jede Verbindlichkeit ist erst ein Product eines thatsächlichen Verhältnisses, das Gesetz auf solches bezogen, vid. §. 1.

**) Die einzelnen Gesetzstellen anzuziehen, in welchen Rechtsvermuthungen, einfache und qualificirte, angeordnet sind, gehört nicht zum Zweck dieser Abhandlung. M. s. z. B. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß, nr. V. S. 120 ff.

***) S. Rechtsfälle für die juristische Praxis. No. 33. S 97 f.

****) D. h. des Richters Sehen mit eigenen Augen, Selbsthören, Selbstriechen, Selbstschmecken, selbsteigenes Anfühlen, eines in einen dieser äußern Sinne fallenden, wenn auch resp. unsichtbaren, Körpers in der organischen Natur. Die gewöhnliche Bezeichnung: Ocular-Inspection, Besichtigung, Beaugenscheinigung, ist zu enge. Man könnte sagen: Sinnen-Wahrnehmung.

Sein Subject ist hier das Beweismittel; dasjenige, was er mit einem oder mehreren seiner Sinnen von Außen auffaßt, befindet, ist der factische Beweisgrund; was er aus diesem für seine persuasio in sich überträgt, ist der juristische Beweisgrund.

2) durch seine eigene innere rationelle Wahrnehmung, d. h. wenn er aus einem erwiesenen factischen Verhältniß, welches das zu erweisende Factum nicht ist, (m. a. W. von solchen bereits vorliegenden factischen und juristischen Beweisgründen aus *), welche mit dem zu beweisenden facto nicht identisch sind), auf das Seyn oder Nichtseyn jenes zu beweisenden facti nur schließt **) — (m. a. W. aus dem factischen und juristischen Beweisgrund einer andern Thatsache, Prämisse, die Wahrheit oder Nichtwahrheit des streitigen Beweissatzes nur folgert), und zwar nicht nach einer positiven gesetzlichen Vorschrift, sondern nach allgemeinen logischen Schlußregeln — nach der menschlichen Erfahrung und Vernunft ***). Aus

---

*) M. s. §. 4. a. E. S. 34.

**) Martin, in dem Lehrb. des d. g. Proc. §. 123 d. edit. 1817. Lit. das. Der Grund des Vernunftschlusses ist, weil der sinnlichen Erfahrung nach beide facta, die Prämisse und das factum probandum in einer Cohärenz-Nexus stehen, sey es 1) ein Coexistenz-Nexus, und dieser a) positiv, d. h. wo das eine Factum sich findet, ist der Erfahrung nach auch das zweite vorhanden, coexistent, oder b) negativ, ausschließend, d. h. wo das eine Factum vorhanden ist, findet nach den gewöhnlichen Erscheinungen in der organischen Natur das andere sich nicht; oder 2) Causal-Nexus, wenn das eine Factum nach der Erfahrung die causa oder der Effect des andern ist.

***) Einen solchen Beweis nennt man a) indirect, weil die Beweisführung nicht direct auf den streitigen Beweissatz gerichtet

dieser Folgerung entsteht die einfache oder menschliche Vermuthung, praesumtio hominis, Wahrscheinlichkeitsvermuthung, welche, wenn sie auch das Gesetz erwähnen sollte, deshalb doch noch nicht Wahrheitsvermuthung ist *), keine volle juristische Ueberzeugung producirt, sondern andere Beweisgründe nur stützt und steigert **), jedoch, besonders in der Häufung mehrerer zusammengreifender einfachen Vermuthungen, auch allein die Basis einer, der Regel nach unvollkommenen, richterlichen Ueberzeugung werden kann ***).

---

ist, sondern aufs das Factum, aus welchem der zu beweisende Satz gefolgert werden soll, und b) künstlich, theils wegen jenes Umweges, theils weil eine besondere rationelle Thätigkeit des Richters dabei rege werden muß, und es möglich ist, daß der Richter mittelst eines Kettenschlusses die erste Folgerung aus der bewiesenen Prämisse als Prämisse einer zweiten Folgerung anzusehen hat, bis zu dem streitigen Beweissatz. Gönner, in dem Handbuch des gem. deutschen Processes. Abh. 37. §. 12. S. 262.

*) Auch die Indicien in dem Criminalproceß, H. G. O. Art. 25 ff. sind keine Wahrheits-, sondern nur Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, und daher nur gesetzliche Beispiele menschlicher Vermuthungen. H. G. O. Art. 24.

**) Z. B. eine neben der Aussage eines Zeugen aus den Acten sich ergebende Wahrscheinlichkeits-Vermuthung des Beweissatzes kann den Glauben jenes Zeugen erhöhen und der Grund werden, den nöthigen gesetzlichen Eid der Partei zuzuerkennen, für welche jener Zeuge nebst der Vermuthung spricht.

***) Weber a. a. O. Abh. V. nr. 5. S. 119 ff. Martin a. a. O. § 123. d. Vollkommen kann der indirecte oder künstliche Beweis nur dann genannt werden, wann aus dem Beweisgrund der Prämisse, vermöge eines ausschließenden Conuexitäts-Nexus, eine physische Nothwendigkeit des streitigen Beweissatzes hervorgehet. Dennoch aber mögte auch dieses nur auf verneinende Beweissätze, insonderheit auf den indirecten

Auch bei der menschlichen Vermuthung ist der Richter, als reflectirendes Subject, nur Beweis mittel; die Wahrheit oder Nichtwahrheit eines erwiesenen, aber nicht hauptsächlich zu erweisen gewesenen, thatsächlichen Verhältnisses, d. h. die Prämisse, deren ganzes Resultat, mit Inbegriff der juristischen Beweisgründe für die Wahrheit oder Unwahrheit der Prämisse, wird ihm factischer Beweisgrund in Hinsicht auf den eigentlichen Beweissatz, und dieser, resp. durch Reflexion gebildete, Beweisgrund wird die Quelle seines juristischen Ueberzeugungsgrundes von der Wahrheit des eigentlichen Beweissatzes.

Wenn der Richter den factischen Beweisgrund nur mit seinen physischen Sinnen auffaßt, und dieser Befund als mit der zu beweisenden Thatsache in allen deren Theilen identisch in die äußern Sinne fällt, so ist die schon erwähnte evidentia facti §. 3. als voller juristischer Beweisgrund vorhanden *). Es ist aber möglich, daß der Befund nur der factische und juristische Beweisgrund der Prämisse einer Wahrheits- oder auch nur Wahrscheinlichkeits-Vermuthung werde, wo dann im ersten Fall, wäre auch in Hinsicht auf die Prämisse eine evidentia facti vorhanden,

---

directen Gegenbeweis (eigentlichen Gegenbeweis künstlich geführt) zu beschränken seyn. Es zeigt sich bei der sogenannten exceptio alibi, §. 12. Inst. 3. 20. L. 14. Cod. 8. 38., welche, genau betrachtet, keine Einrede ist, sondern die Prämisse eines künstlichen directen Gegenbeweises. Wenn A nach des B Vorgeben am 1. Jänner 1817 mit letztem einen Contract zu Wien persönlich abgeschlossen haben soll, und A beweist, daß er an eben jenem Tage sich zu London befande, so gehet aus der physischen Unmöglichkeit, daß A am 1. Jänner 1817 auch zu Paris sich befunden habe, das Nichtwahre jenes Contracts hervor, und zwar vollbewiesen.

*) Z. B. das Daseyn der Umzäunung eines Grundstücks wäre der Beweissatz, und eine gerichtliche Besichtigung findet das ganze Grundstück mit einem lebendigen erwachsenen Zaun umschlossen.

blos die Natur einer Rechtsvermuthung mit deren Folgen eintritt*), im letzten Fall aber blos die Natur und Wirkung einer menschlichen Vermuthung**). Solches kann auch der Fall seyn, wenn der Richter zwar einen Theil der zu beweisenden Thatsache mit seinen physischen Sinnen auffaßt, ein anderer Theil aber seinen äußern Sinnen sich nicht darstellt.

Wenn der Richter mit seiner sinnlichen Auffassung eines thatsächlichen Verhältnisses andere Hülfsmittel für seine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit dieser nämlichen Thatsache vereinigen muß, z. B. Sachverständige oder Zeugen, so schwindet auch hier der Begriff der evidentia facti. Denn die factischen Beweisgründe, welche jene Nebenbeweismittel produciren, das Gutachten, die Zeugenaussage, erfordern mehr als sinnliche Wahrnehmung; der Richter muß nun rationell erwägen, was aus diesen factischen Beweisgründen für ein juristischer Ueberzeugungsgrund hervorgehe. Ein vollkommener juristischer Beweis kann aber das Resultat allerdings seyn; ja sogar resp. ein schleuniger Beweis, wenn nämlich die Sachverständigen nur das zu vollziehen haben, was dem Richter bei

*) Wenn z. B. zu beweisen wäre, „der Vater habe sein unmündiges Kind überlebt," und man beide unter den nämlichen Ruinen eines eingestürzten Hauses erdrückt fände, hiervon aber der Richter durch eine Beaugenscheinigung zweifellos sich überzeugte, so würde aus der Evidenz jenes ihres Todes die Rechtsvermuthung hervorgehen, „der Vater habe länger gelebt, als das Kind." L. 9. §. 4. Dig. 34. 5.

**) Z. B. A soll und will das Eigenthum eines Grundstücks beweisen, — stützt sich hierbei darauf, „daß auf den das Grundstück einschließenden Gränzsteinen die Anfangsbuchstaben seines Tauf- und Geschlechtsnamens eingehauen wären," bittet um gerichtliche Beaugenscheinigung, und das Gericht befindet jene Buchstaben auf den Gränzsteinen. Diese Evidenz begründet doch nur eine Wahrscheinlichkeits-Vermuthung für den Beweissatz des Eigenthums.

der Prüfung der äußern Merkmale einer öffentlichen Urkunde zu vollziehen obliegt *).

§. 6.

Ferner

III. andere Subjecte, außer dem Richter und den streitenden Theilen. Hier erscheinen

1) die Zeugen, d. h. lebendige Vernunftwesen, welche in Rücksicht auf die streitige Thatsache historisch erzählen sollen, was sie von jener, als factisches Verhältniß oder Ereigniß, mit ihren äußern physischen Sinnen bemerkt haben.

*) Wenn z. B. das Daseyn der Gränzsteine zu beweisen ist, und der besichtigende Richter die Märker zu dem Zweck zuziehet, die sich vorfindenden Steine zu heben, und wegen der Aechtheit der Eyer sich zu erklären, jene Sachverständige aber diese für ächt anerkennen, so ist dies eben so viel, als wenn der Richter das öffentliche Siegel einer Urkunde als ächt, und mithin deren Eigenschaft als bewiesen findet. Nur kurz und beiläufig sey hier bemerkt, daß, wenn das Gericht eine Beaugenscheinigung oder Sinnenwahrnehmung blos zum Zweck der Klarheit und Berichtigung seiner Anschauung factischer, abseiten der Parteien in den Acten vorgetragener, thatsächlichen Verhältnisse veranstaltet, z. B. um das streitige Local kennen zu lernen, die Ocularbesichtigung alsdann kein Beweismittel und keine Beweisführung, sondern analog mit dem richterlichen Fragrecht ist, folglich weder an einen Beweistermin gebunden seyn kann, noch die Beiladung der Parteien anders, als monitorisch, anzusehen ist, insofern nicht jene zu einer positiven Aufklärungshandlung mit vorbeschieden wurden. Sobald hingegen eine beweispflichtige Partei den Richter von der Wahrheit eines zu ihrem Beweisthume gehörigen factischen Verhältnisses durch desselben sinnliche Wahrnehmung überzeugen will, sobald wird diese in der Person des Richters Beweismittel, und ihre Auswirkung ist dann an die peremtorische Beweisfrist gebunden. Dann ist auch

2) die **Kunst- oder Sachverständigen** *), d. h. lebendige Vernunftwesen, welche über ihnen schon als bewiesen oder gewiß vorgesteckte thatsächliche Verhältnisse die Reflexion ihres Geistes in Bewegung setzen sollen, um, unter Anwendung der ihnen beiwohnenden Grundsätze einer **außer dem Rechtsgebiet** liegenden Wissenschaft, Kunst oder Geschäftskenntniß, entweder

a) ein rationelles Urtheil über jene Thatsachen auszusprechen **), oder auch

b) aus **jenen** factis, wie aus einer Prämisse, auf das Gewesenseyn, Seyn oder Seynwerden, **anderer Thatsachen** urtheilend zu schließen ***).

---

der angesetzte Vollzugstag, als Beweisfortsetzungs-Termin, für den Producenten wenigstens arctatorisch. So lassen sich vielleicht die verschiedenen Ansichten vereinigen. Vergl. z. B. **Danz** in den Grundsätzen des ordentlichen Processes, §. 242. **Grolman**, in der Th. des ger. Verf. §. 89. b. **Schaumburg**, in princ. proc. jud. p. 238. **Martin**, a. a. O. §. 205.

*) Die Gesetze nennen diese **uneigentlich** auch **Zeugen**, H. G. O. Art. 147. Beide sollen eine Thatsache eröffnen; der Zeuge jedoch ex memoria, als mit seinen physischen Sinnen aufgefaßt, der Sachverständige mittelst Reflexion seines Geistes — **urtheilend**.

) Z. B. die Bestimmung des **Werths einer vorliegenden Sache, oder ob das errichtete opus **gehörig** oder **fehlerhaft** hergestellt sey, ob das Wasser, welches einer Mühle zufließt, zu deren ordnungsmäßigen Trieb **ausreichend**, oder zum Theil **entbehrlich** sey u. dgl.

***) Z. B. aus der Beschaffenheit der Wunde auf ihre **Veranlassung**, oder ob der Verstorbene **im Gefolge** der Verwundung verstorben sey, ob er, jetzt noch lebend, an ihr versterben **werde**, ob ein bezweckter noch nicht existenter thatsächlicher Zustand sich herstellen lasse, u. dgl.

Auch kann sich beides vereinigen. Das Subject des Zeugen u. des Sachverständigen ist hier das Beweismittel *); des ersten Aussage und des letztern Urtheil (Gutachten, Meinung) ist der factische Beweisgrund; was der Richter dorther oder daher für seine juristische Ueberzeugung, für die juristische Wahrheit oder Nichtwahrheit der streitigen Thatsache, als Rechtskenner abstrahirt, wird der juristische Beweisgrund.

Um aber auch hier der juristischen Wahrheit die möglichst feste Basis zu geben, haben die Gesetze die Glaubwürdigkeit jener Subjecte und die Wirkungen der von ihnen gegebenen factischen Beweisgründe auf die juristische Ueberzeugung des Richters mit Nebeneigenschaften und Formen bedingt, sie haben in der eidlichen Verpflichtung zur kalten Wahrheit die Religion mit zur Hülfe genommen, Alter, Zahl, Harmonie u. s. w. vorgeschrieben **).

§. 7.

Weiter

IV. die streitenden Theile selbst.

Zunächst kann jede Partei, welche eine relevante thatsächliche Behauptung im Civilproceß zur gesetzlichen Zeit

---

*) Was §. 5. Not. * S. 39 von dem Beweistermin der Beaugenscheinigung gesagt wurde, gilt auch in Ansehung der Sachverständigen. Ihre Ernennung, oder die Bitte, der Richter möge sie wählen, ist nur dann an den peremtorischen Beweistermin nicht gebunden, wenn sie der Richter zuziehet, a) blos zur Aufhellung oder Sicherung seiner richtigen Anschauung, nicht aber deshalb, um die Wahrheit einer streitigen, in das Beweisgebiet der verhandelnden Parteien gehörigen, Thatsache, auszumitteln, oder b) zum Vollzug dessen, was seinem Richteramt obliegt, §. 5. a. E. u. Not. * oder c) im Fall des Nothrechts, §. 7. Not.

**) Martin, a. a. O. §. 123 c. §. 182. und §. 207.

aufstellt, von der andern Partei verlangen, daß dieser Gegner die Thatsachen jener Behauptung **bestimmt und rein beantworte**, « ob und was nämlich dieser Antworter davon **einräume**, oder **nicht** » *). Dieses Verlangen, welches gewisser Maßen auch die Natur einer Beweisführung hat, bezweckt, eine **weitere Beweisführung** unnöthig zu machen und in sofern durch die Antwort des Gegners von der Beweislast sich zu befreien. Conf. §. 10. In sofern nun

1) der Antworter jene Thatsachen, deren Wahrheit **ihm nachtheilig**, dem behauptenden Theil aber **vortheilhaft** ist, als wahr zugiebt, entstehet im Proceß das **gerichtliche** **) **Geständniß** als **Beweis**-

*) Was der **Reichsabsch.** v. 1654. §. 37. von der Antwort auf die Thatsachen der Klage gebietet, ist nach dem Grund und Zweck des Gesetzes auf **alle** Behauptungen, Einreden, Repliken, Dupliken rc. anwendbar, in sofern nicht ein schleuniger Beweis zu ihrer Wirkung vorgeschrieben ist. Denn in diesem Fall fällt die Pflicht zur **Antwort** hinweg.

) Die römische confessio in **jure bezeichnet des Beklagten bei den ersten Proceß-Instructions-Verhandlungen vor dem Prätor in Gegenwart des Klägers oder dessen Procurators so unbedingt und ohne zerstörende Einreden geschehenes Eingeständniß der Klage, daß nicht einmal ein judex pedaneus zur Aufhellung einer factischen Streitfrage zu bestellen war. Von diesem Gesichtspunkt aus spricht das Gesetz: confessus in jure pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 1. Dig. 42. 2. L. 56. Dig. 42 1. L. 1. Cod. 7. 59. Das sua sententia zeigt zugleich auf des Beklagten Willkühr hin, in Civilsachen auch das Unwahre einzuräumen. Vergl. **Weber** von der Beweisl. in dem Civilproc. Abh. IV. 8. 11. Hieraus entstehet eine solche juristische Wahrheit zwischen den streitenden Theilen, daß solche der Gestehende nur durch eine **absolute Wahrheit**, durch **evidentia facti** wieder aufzulösen vermag. L. 13. §. 11. L. 24. 25. Dig. 9. 2. L. 4. Dig. 42. 2. Auch die Unmöglichkeit, die zugestandene Verbindlichkeit zu erfüllen, hebt die Wirkung des Geständnisses nicht auf, der Confitente

grund, welcher dem Richter den höchsten juristischen Ueberzeugungsgrund in concreto darbietet *). Der Gestehende ist das Beweismittel.

Jedes Geständniß oder Bekenntniß ist im Grund eine summarische, möglicher Weise durch ein bloßes Ja vollendete, Selbsterzählung der vom Gegner zur Begründung eines Rechts vorgetragenen Erzählung. Durch diese Identität beider Erzählungen entstehet der Begriff der Harmonie, welche jedoch auch durch wirkliche beiderseitige gleichmäßige, resp. nicht antwortende, Erzählung des nämlichen facti sich bilden kann, oder dadurch, daß beide Theile ein bestimmtes Factum stillschweigend als wahr voraussetzen, indem sie beide dorther Rechte und Verbindlichkeiten für sich ableiten u. dgl. **)

Und da der innere Wille des Menschen sich eben so klar durch äußere positive Handlungen aussprechen kann, als

---

muß wenigstens den Werth des Objects leisten. L. 3. et 5. Dig. 42. 2. Vergl. Not. 3. §.

*) Man vergl. §. 3. Not. *** S. 32. Denn eines Theils ist nicht zu vermuthen, daß eine Partei etwas ihr Nachtheiliges dann einräume, wenn es unwahr ist, und andern Theils disponirt der Gestehende durch das Geständniß innerhalb seinem Privat-Rechtsgebiet, so daß, räumte er auch etwas Unwahres ein, der Richter sich doch mit seinem freien Willen der Dispositions-Befugniß begnügen muß. Daher die Regeln: confessio est optima probatio — regina probationis etc.

**) Dahin gehört auch die stillschweigende Anerkennung einer Urkunde; wenn nämlich der Producet irgend einen Zweifel an der Aechtheit des von dem Beweisführer zu den Acten gebrachten Documents nicht vorbringt, vielmehr diese Urkunde für sich selbst zu benutzen sucht. Beides aber muß zusammen treffen, und letzteres nicht etwa nur bedingt oder eventuell geschehen seyn. Dahin ist zu beschränken Danz, in den Grundsätzen des ordentlichen Processes. §. 331. ed. 1806. Mevius, in Decis. P. IV. decis. 64.

durch Worte *), so giebt es auch in dem Civilproceß ein stillschweigendes Geständniß. Nur kann das bloße Stillschweigen eben so wenig dortfür gelten **), als es aus einer wahren Einrede, aus einer zur indirecten Vertheidigung aufgestellten Selbstbehauptung, zu folgern ist ***). Denn diese ist schon ihrer Natur nach nicht identisch mit des Gegners Behauptung.

---

*) Thibaut in dem System des Pandectenrechts, §. 136 u. 137.

**) L. 142. Dig. 50. 17. Cap. 43. in 6to. 5. 11. Da sogleich ein stillschweigendes Geständniß einer Partei anzunehmen, wo diese eine relevante Behauptung des Gegners blos mit Stillschweigen übergehet, Leyser, in Med. ad Pand. spec. 473. med. S. Struben, in dem rechtl. Bed. Thl. I. Bed. 94 Mevius, l. c. P. II. dec. 248. läuft gegen die Gesetze und führt zu weit. Weber, von der Beweisführung u. s. w. Abh. 4. nr. 1. Die stillschweigende Einwilligung erfordert mehr, als bloßes Schweigen, nämlich eine hinzutretende äußere positive Handlung, Brockes, in select. obs. for. Arg. VI., wenn nicht specielle Gesetze das bloße Schweigen als Consens behandelt wissen wollen, Thibaut, a. a. O. §. 138. not. 2. u. es ist kein Grund vorhanden, in dem Proceß von diesen allgemeinen Principien eine Ausnahme machen zu wollen. Befiehlt das Gesetz die Antwort unter dem Nachtheil, „des Gegners Behauptung solle für wahr gehalten werden," so entstehet das noch zu erwähnende fingirte Geständniß, dem Ursprung nach ganz verschieden von der confessio tacita. Auch das Cap. 5. X. 2. 23. verbindet eine positive Handlung des Antworters mit dessen Schweigen, folgert aus dem ausdrücklichen Verneinen des einen Theils der gegnerischen Behauptung, das Zugeständniß des übrigen Theils, und ist ohnehin auf den teutschen Proceß nicht wohl anwendbar.

***) Die bekannte Proceßregel: „excipiens non fatetur," L. 9. Dig. 44. 1. Cap. 6. X. 2. 25. Cap. 63. in 6to. 5. 12. läßt sich auf mehrere Fälle beziehen; vorzüglich 1) wenn der Beklagte die schuldige Einlassung ganz unterläßt, und nur peremtorische, besonders solche Einreden vorschützt, welche die Wahrheit der Klage vorauszusetzen scheinen; 2) wenn er die Einlassung ver-

Das sogenannte qualificirte, umwundene, gewundene, Geständniß in dem Civilproceß ist eine illegale Mischung von Geständniß, Verneinung und Einrede *), welches Gemisch, obschon in jene Theile immer auflösbar **, doch nicht getrennt werden darf, sondern zunächst das Gebot einer reinen Antwort unter dem Rechtsnachtheil des fingirten Geständnisses zur

---

neinend vollziehet, jedoch Einreden anhängt, die, dem Anscheine nach, mit derselben im Widerspruch stehen, z. B. dort und hier gegen die actio mutui die Einrede der Rückzahlung; 3) wenn unter der Rubrik einer Einrede, z. B. rei non sic sed aliter gestae, auch Thatsachen der Klage beantwortet werden. Im ersten Fall nehmen manche ein stillschweigendes Einräumen der Klage an, Gönner, a. a. O. Abh. 36 §. 4. Struben in den rechtl. Bed. Thl. 4. Bd. 12. gewiß aber gegen den Geist des die specielle Einlassung unter dem Präjudiz einer fingirten Verneinung gebietenden teutschen Gesetzes, Reichsabsch. v. 1654. §. 36 u. 37 Goldschmidt über Litiscontest. und Einreden, S. 67. In dem zweiten Fall leidet die Regel keinen Zweifel, vermöge der Eigenschaft einer blos eventuellen Vertheidigung. L. 9. Cod. 8. 36. L. 43. Dig. 50. 17. Weber, von der Beweisführung rc. Abh. 4. nr. 16. In dem dritten Fall kann die Einrede ein qualificirtes Geständniß in sich fassen. Geht nun eine Litiscontestation vor oder nach, so ist nur diese der Maasstab; fehlt jene, so ist zu urtheilen wie im ersten Fall. Anders in allen denen Fällen, wenn ein fingirtes Geständniß die Folge des Ungehorsams seyn soll.

*) Diese Ansicht von Bornemann, über die confessio qualificata im Civilproceß, Hannover 1806 S. 33. ist gewiß die richtigste. Die Verneinung liegt der Regel nach implicite in der gewundenen Antwort.

**) D. h. es läßt sich immer aus der qualificirten Antwort entwickeln 1) was gestehet der Antworter von des Gegners Behauptung, 2) was verneint er an selbiger, ausdrücklich oder stillschweigend, und 3) welche von jener Behauptung verschiedene Behauptung webte er ein, m. a. W. welche Einrede zwängt er in die Antwort.

Folge haben muß *), oder, war jenes Präjudiz mit dem schon geschehenen Gebot der Antwort schon vereinigt, die Realisirung dieses angedrohten Nachtheils.

So oft nämlich eine Partei zur Antwort auf eine vom Gegner an der legalen Stelle aufgestellte thatsächliche Behauptung zwangspflichtig ist, und diese Obliegenheit innerhalb der vorgeschriebenen Rechtsfrist nicht, oder nicht gesetzmäßig vollziehet, so oft ist sie ungehorsam. Diesen Ungehorsam

*) Es ist unrichtig und führt nur zu Inconsequenzen, wenn man annimmt, „in manchen Fällen dürfe der Beklagte qualificirt antworten, und es müsse dann das Beweisthum nach dieser Antwort bestimmt, mithin mehr in solches aufgenommen werden, als ursprünglich in der zu beantwortenden Behauptung lage." Die Gesetze gebieten eine reine Antwort, und es kann diese den Antworter niemals gefährden. Denn ist des Gegners Behauptung unvollkommen, so ist sie auch unrichtig, und es wird immer ein wesentlicher Theil mit voller Moralität sich verneinen lassen. Behauptet z. B. der Kläger, „er habe das Haus dem Beklagten für 1000 Thlr. verkauft," und letzterer hat diese Summe für das Haus nebst allen Mobilien versprochen, so braucht der Beklagte nicht so zu antworten: „ich gestehe, daß ich das Haus nebst allen Mobilien für 1000 Thlr. erkaufte," und eben so wenig so: „ich gestehe den Kauf für 1000 Thlr., allein auch die Mobilien wurden mir nebst dem Haus verkauft;" sondern die Einlassung kann dahin gehen: 1) ich gestehe den Kauf des Hauses, 2) ich verneine, daß das Kaufgeld 1000 Thlr. betragen habe." Hierzu kann der Beklagte die Erläuterung geben: für das Haus allein wären 1000 Thlr. nicht versprochen worden, indem auch die Mobilien zugleich miterkauft worden wären, und also das Kaufgeld für Haus und Mobilien 1000 Thlr. betragen hätte. Auch die exceptio rei non sic sed aliter gestae kann hierbei gegen Anschein eines muthwilligen Läugnens sichern. Dann wird der Kläger das verneinte Glied der Litiscontestation zu beweisen haben, und es wird eines Beweisthems: „er habe nur das Haus," oder „das Haus ohne Mobilien, für 1000 Thlr. an den Beklagten verkauft," gar nicht bedürfen. Dieses nur, oder ohne Mobilien, ist ein Gegenstand der Elisivartikel des

ahndet das Gesetz mit einer Folge*), welche dem Ungehorsamen einen Nachtheil zuziehet, dem Gegner aber einen Vortheil in der streitigen Rechtssache zuführt, wenigstens Schadenersatz sichert, und also dort die Natur einer Privatstrafe hat **).

Klägers. Sehr irrig ist insonderheit, wenn man in den Worten des Reichsabsch. v. 1654. §. 37. „ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorbracht, und wie es sich eigentlich verhalte," eine Erlaubniß zur qualificirten Antwort finden will. Die vor- und nachstehenden bündigen Worte: „kurz, nervose, deutlich, unterschiedentlich, klar, specifice, auf jeden Punkt, eigentlich u.s.w. bezeichnen um so gewisser nichts weiter, als eine reine, gesonderte, deutliche und wahrheitsmäßige Antwort, da das Gesetz zugleich die Sonderung der dilatorischen und peremtorischen Einreden nicht undeutlich gebietet. Wenn sich der Beklagte specifice einläßt, so ergiebt sich hieraus von selbst, „wie das Factum (nach des Beklagten Erklärung) sich anders verhalte, als Kläger es vorbrachte." Auch steht es mit dem Zweck einer speciellen reinen Litiscontestation gerade zu im Widerspruch, in ihrem Gebiete ein qualificirtes Geständniß zu gestatten. Man vergl. Rechtsfälle für die Proceßpraxis, nr. 54. S. 171 f.

*) Dem Staat ist an Förderung der Rechtspflege wesentlich gelegen, und deshalb gebietet er, daß die Proceßhandlungen in Fristen laufen und zweckmäßig geschehen sollen, deshalb verordnet er Strafen gegen die, welche in die für das Gemeinwohl nöthige Ordnung sich nicht fügen wollen.

**) Martin, a. a. O. §. 117. not. b. M. H. Steffens, diss. de contumaciae indole in causis exercendis civilib. Heidelb. 1817. Die von Gönner a. a. O. Abh. 21. aufgestellte und von Grolman a. a. O. §. 130. adoptirte Verzichtslehre hat hauptsächlich wider sich, daß im Gefolge des Ungehorsams oft eine Handlung nicht für verzichtet, vielmehr als geschehen angesehen werden soll, z. B. die Einlassung, oft aber die Handlung weder für geschehen, noch für verloren, geachtet wird, sondern nur Kostenerstattung die Folge ist. Blos auf die Folgen monitorischer Decrete läßt sich die Theorie eines stillschweigenden Verzichts anwenden.

Im Fall nun der zur Antwort verbindliche Theil diese ganz unterläßt, haben die gemeinen Rechte, als endliche höchste Folge, ein fingirtes Verneinen und zugleich den Verlust der indirecten Vertheidigungsmittel angeordnet *). In soferne hingegen die Antwort zwar erfolgt, jedoch nicht nach gesetzlicher Vorschrift, soll in der letzten Station der gesetzlichen Geduld ein Geständniß der gegnerischen Behauptung gesetzlich fingirt werden **).

---

*) K. G. O. Thl. III. Tit. 43. §. 4. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 36 u. 37.

**) Der Buchstabe des Gesetzes spricht dieses nicht aus, allein in seinem Geist liegt es klar genug. Es hat der Reichsabsch. v. 1654. §. 36 u. 37. nur den Fall im Auge, „wenn der Beklagte die Antwort auf die Thatsachen der Klage gänzlich unterläßt.“ Hiervon aber ist eine zwar erfolgte, jedoch nicht vollkommene, Antwort verschieden. Denn in diesem Fall stehet des Beklagten Ungehorsam nicht auf der Höhe des ersten Falles. Da nun der Richter befugt ist, die Antworten durch Fragen aufzuhellen, oder, was gleichviel ist, eine bessere Antwort zu gebieten, Reichsabsch. v. 1654. §. 41. a. E., und da, wenn der Beklagte so litem contestirt hat, daß sich noch Positionen zur Feststellung der Streitfrage nöthig machen, der Richter die Antwort auf jene Positionen bei Vermeidung eines fingirten Geständnisses gebieten kann, Cap. 2. in 6to. 2. 9. C. G. O. v. J. 1555. Thl. III. Tit. XV. §. 7. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 49. so muß das Nämliche zur Anwendung kommen, wenn der Kläger Positionen nicht fertigen will, oder darf, sondern direct eine bessere Einlassung fordert.

Bekanntlich gebieten nicht wenige Landesgesetze die Einlassung zwecklich sofort sub poena confessi; doch ist es ungerecht, wenn mit dieser Strafe auch der Verlust der zeitig vorgeschützten peremtorischen Einreden verbunden wird. Da, wo die fingirte Verneinung dem Kläger die volle Beweislast zuschiebt, ist jener Verlust gerecht und die eigentliche poena contumaciae; wird aber der Beklagte mit der ficta confessio bestraft, so greift es zu weit, dieser mehr Wirkung zutheilen, als dem

So oft nun ein Geständniß im Gange des Civilprocesses existent wird, sey es ausdrücklich, stillschweigend oder fingirt, ist das Geständniß an sich, das Gestandene, der factische Beweisgrund; die gestehende Partei aber ist das Beweismittel. Bei dem stillschweigenden Geständniß wird die gestehende Partei durch positive Handlungen thätig, wie bei dem ausdrücklichen mit Worten; bei dem fingirten Geständniß tritt der Richter an die Stelle des Ungehorsamen, und spricht dessen Geständniß aus, dem Gebot des Gesetzes zufolge. Die Ungehorsamsbeschuldigung *) ist nur das Mittel, jenes gesetzlich bezeichnete Beweismittel in Bewegung zu setzen.

Das außergerichtliche Geständniß ist auch factischer Beweisgrund, u. producirt einen juristischen Beweisgrund, dessen Stärke nach den äußern Umgebungen **) des Geständ-

ausdrücklichen Geständniß, und auf diese Weise den Beklagten doppelt zu strafen.

*) Martin in dem Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, §. 124. ed. 1817 rechnet diese zu den Beweismitteln; allein sie ist nur ein Mittel zum Mittel.

**) Der Character des Ernstes und der Ueberlegung ist hier hauptsächlich zu prüfen. Gönner a. a. O. Abh. 43. §. 9. Tevenar, in der Th. d. Bew. S. 75. Weber, über die Beweisführung u. s. w. Abh. 4. nr. 3. Es ist keine Zwangspflicht, jedem Mitbürger die Wahrheit zu sagen; nur dann, wenn die Unwahrheit auf desselben Schaden abzweckt und diesen zur Folge hat, fällt die Lüge, als schädliche Thätigkeit, unter die lex Aquilia. Was man also außergerichtlich äußert, als nachtheilige Erzählung von sich selbst, nimmt nicht sogleich die Wirkung eines Geständnisses an. Die Nebenumstände müssen Ernst und Ueberlegung aussprechen. Daher hat das außergerichtliche Geständniß, als Beweisgrund betrachtet, viele Grade, von einer gänzlichen Unkraft an bis zur vollen Ueberzeugung hinauf. Letzteres vorzüglich, wenn der Bekennende dem Interessenten des Geständnisses hierüber eine Urkunde

nisses abzumessen ist; allein wenn nicht der Antworter sein wider ihn behauptetes außergerichtliches Geständniß in der Antwort auf diese gegnerische Behauptung gestehet, so wird er selbst nur dann sofort Beweismittel, wann ihm über das Geschehenseyn des außerordentlichen Geständnisses der Eid angetragen wird. In den übrigen Fällen müssen andere Beweismittel, Zeugen, Urkunden, das Beweismittel werden; immer aber wird das bewiesene Geständniß nur Beweisgrund. Eben so verhält es sich in Ansehung eines außerhalb der jetzigen Acten vor Gericht geschehen seyn sollenden Geständnisses. Hier können andere Acten, Protocolle u. dgl. das Beweismittel vertreten *).

Es kann aber auch

2) der Antworter die Behauptung seines Gegners verneinen, oder resp. mit Nichtwissen beantworten, und dann den behauptenden Theil eine weitere Beweislast treffen. §. 10. Hier steht nun diesem, der Regel nach, der Gebrauch aller legalen Beweismittel offen, insoweit sie für das vorliegende Factum vorhanden und auf dieses anwendbar sind **); ja selbst die Befugniß, seinen Geg-

---

zum historischen Beweis ausstellt. Deshalb erweisen anerkannte, außergerichtliche Schuldschriften der Regel nach so vollkommen, als das gerichtliche Schulddocument.

*) Ein solches vor Gericht geschehenes Bekenntniß ist in Rücksicht auf den vorliegenden Rechtsstreit einem außergerichtlichen Bekenntniß gleich, nur daß der Beweis erleichtert wird. Die Frage: ob das in einer Criminalsache geschehene freie Bekenntniß in der connexen Civilsache zum Beweisgrund diene? ist zu bejahen, weil das Geständniß dort eine höhere Qualität erfordert, als in Civilsachen und von einer Dispositionsfreiheit nicht ausgeht. Das Geständniß in einer Civilsache hingegen kann, nach dessen Natur, höchstens eine Anzeige für den Criminalproceß bilden. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 217.

**) Martin, a. a. O. §. 175 a.

ner sofort, durch Antrag des Scheidebeeides, als Zeuge in eigener Sache *) aufzufordern. Das nächste Product dieser Beweismittel giebt dann die factischen Beweisgründe.

Wenn nun

a) der Beweisführer von jenem sofortigen Selbstzeugniß des Antworters keinen Gebrauch machen, sondern andere Beweismittel zur Hand nehmen will, deren factische Beweisgründe aber vollkommen überzeugende juristische Beweisgründe nicht zur Ausbeute geben, dabei auch des Beweisführers Befugniß zum Herbeischaffen der Beweismittel jener Art seine legale Gränze erreicht hat **); so darf der Richter selbst die eine oder die andere Partei ***) als Zeugen aufstellen, d. h. einem der streitenden Theile den Erfüllungs- oder Reinigungseid auflegen ****), je nachdem die aus den factischen Beweisgründen abstrahirten juristische Beweisgründe stärker oder schwächer auf seine Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache einwirken. Ein ewiges Forthandeln der Parteien kann das Gesetz des Gemeinwohls wegen nicht gestatten, und da, ist jenes Wirken mit der Production unvollkommener Beweisgründe vollendet, die juristische Wahrheit also ungewiß, der Rechtsstreit

---

*) L. 32. Cod. 6. 42.

**) D. h. nach verflossenem peremtorischen Beweistermin. Martin a. a. O. §. 179.

***) Wohl auch jede Partei. Martin, a. a. O. §. 181.

****) Wohl auch beide Eide, resp. der nämlichen Partei, resp. jeder Partei einen derselben. Gönner, a. a. O. Abh. 41. §. 6. f. Gensler, Rechtsfälle für die Proceßpraxis, nr. 112. 116. 119. 125. 136.

unentschieden bleiben, oder der Besitz das Recht vertreten müßte, so gaben die Gesetze dem Richter jenes **Nothrecht** *), um das Schwanken der juristischen Wahrheit aufzuheben, um durch ein hinzutretendes, durch die Religion qualificirtes **Zeugniß, der Partei** das **juristische** Wahr oder Nichtwahr voll zu begründen. Dann ist also das **Subject** der **Partei**, nicht der von ihr geschworne **Eid**, das **Beweismittel**; die als wahr oder nichtwahr beschworne Thatsache aber ist der **factische Beweisgrund**, aus welchem der Richter seinen juristischen Ueberzeugungsgrund für die formelle Wahrheit oder Nichtwahrheit einnimmt **).

---

*) Daher darf auch der Richter **nicht eher** auf einen gesetzlichen Eid erkennen, als nach einem vorgesteckt gewesenen peremtorischen Beweistermin Es ist durchaus **illegal** und **Mißbrauch** der gesetzlichen Eide, da einen solchen aufzulegen, wo, wie bei dem unvollkommen ausgefallenen anticipirten, freiwillig angetretenen Beweis, noch ein peremtorischer Beweistermin mit der Auflage eines **bessern** Beweises sich erkennen läßt. Erst wann **auch hier** der Beweis unvollkommen bleibt, tritt des Richters Nothrecht ein, zu einem gesetzlichen Eid seine Zuflucht zu nehmen.

) Auch darinnen sind diese schwörenden Parteien den Zeugen gleich, daß sie nur eine Thatsache eidlich erhärten können, nicht aber ein Urtheil §. 6. nr. 1 u. 2. Der durch Sachverständige geführte Beweis kann daher, in soweit nicht von **thatsächlichen Grundlagen des Erachtens die Rede ist, weder durch ein suppletorium ergänzt, noch durch ein purgatorium aufgelößt werden, sondern das Nothrecht des Richters bestehet hier **darinnen**, daß er selbst andere Sachverständige als Gehülfen seiner Reflexion sich wählt, welche den Ausschlag geben für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der frühern unvollkommnen oder sich widersprechenden Gutachten. Eine Anticipation dieses Nothrechts erscheint in den Fällen, wo auch der Richter gleich bei

Wenn hingegen

b) der Beweisführer aus eigenem Willen seinen Gegner zum Zeugen wählt, d. h. diesem den Schiedeseid anträgt, so ist dennoch auch hier nicht dieser Eid das Beweis mittel, sondern dieses ist abermals lediglich die Partei, welcher jener Eid angetragen wird *). Die Religion wird diesem Zeugen, wie jedem andern Zeugen, zum warnenden Beistand gegeben, aus seinem Munde zeugt sie mit ihm. Die eidlich, als Wahr oder Nichtwahr, erhärtete streitige Thatsache ist auch hier der factische Beweisgrund, aus ihr schöpft der Richter den juristischen Ueberzeugungsgrund für das Daseyn des streitigen Rechts. Wird der Eid zurückgegeben, so wechselt nur die Zeugenrolle. — Der Delate ist der Regel nach befugt, diese dem Deferenten zu übertragen **).

Eben so, wie bei dem gesetzlichen ***) und angetragenen Eid, verhält es sich

c) bei dem Würderungseid (juramentum in litem affectionis). Hier darf sich der Beschädigte, ist es gewiß, daß sein Gegner vorsätzlicher oder grobschuldiger Weise ihn verletzte, selbst

---

der Beweisantretung Sachverständige beiordnet. Vergl. Martin §. 124. 207 u. 210. u. Gönner, a. a. O. Abh. 45. §. 18.

*) Daher kann man auch die Partei, welcher das juramentum voluntarium angetragen wird, den Producten nennen.

**) L. 34. provem. et §. 7. Dig. 12. 2. L. 25. §. 2. Dig. 22. 3. L. 11. §. 3. L. 13. Dig. 25. 2.

***) Das sogenannte juramentum quantitatis, und das diesem gleichstehende juramentum in litem veritatis, sind nur suppletorische Eide. Martin, a. a. O. §. 179. not. e. Thibaut, in dem System des Pandectenrechts, §. 1168.

als Zeuge in eigener Sache darbieten *); dessen eidliche Aussage wird der factische Beweisgrund. In dem Gebiete des juristischen Beweisgrundes aber sehen wir hier des Richters Reflexion erweitert. Denn dieser ist autorisirt, dem Selbstzeugen eine Gränze zu setzen, oder auch weniger zuzuerkennen, als in dessen factischen Beweisgrund liegt **).

So kann man metaphysisch richtig nie behaupten, der Eid sey ein Beweismittel. In Ansehung des Zeugeneides wird es auch nie, und in Hinsicht auf den Ergänzungs- oder Reinigungseid selten behauptet, wohl aber von dem Schiedeseid, da doch auch dieser nur ein Qualificiren des gewählten Beweismittels bezweckt. Doch die Gesetze selbst gaben Veranlassung zu jenem juristischen Sprachgebrauch ***), und es ist dieser zu unschädlich, und zu fest gewurzelt, als daß man seine schleunige Verbannung fordern, oder auch nur wünschen könnte. Eben so wenig ist irgend ein Eid Beweisgrund.

---

*) Insofern die Zuläßigkeit dieses Eides als Basis den Beweis erfordert, „daß eine illegale schädliche Handlung von dem Gegner bösvorsätzlich oder doch aus grober Schuld verübt worden sey," ist auch derselbe als Ergänzungs-Eid anzusehen. Insoferne hingegen das damnum selbst und dessen Größe (obigen Beweis vorausgesetzt) sofort eidlich erhärtet werden darf, und hierzu ein weiterer Vorbeweis nicht erfordert wird, ist das jur. in litem affectionis kein Ergänzungseid. Jenes kann jedoch dann als solcher von Außen erscheinen, wenn der Beschädigte auch seinen Schaden und dessen Größe durch andere Beweismittel zum Theil erwiesen hat. So vereinigen sich vielleicht die verschiedenen Meinungen. Thibaut, a. a. O. §. 1166. not. b.

**) L. 4. §. 2 et 3. L. 5. §. 1 et 2. Dig. 12. 3. Genau betrachtet sagen sie jedoch auch nicht, der Eid sey ein Beweismittel, sondern ein Mittel zur Proceßbeendigung.

***) Sie stellen den Schiedeseid neben andere Beweismittel. L. 25. §. 3. Dig. 22. 3. Nov. 73. Cap. 4.

§. 8.

Endlich

V. die Urkunden. Im weitesten Sinne bezeichnen diese: alle leblose Gegenstände, und auch selbst vernunftlose lebende Wesen, welche den äußeren Sinnen des Richters Merkmale, factische Beweisgründe, eines gewesenen, vorhandenen, oder künftigen, thatsächlichen Verhältnisses direct oder indirect darbieten *), sey es, daß zum Auffassen und Hervorbringen jener Beweisgründe auch anderer Hülfsmittel, z. B. Sachverständiger, es bedürfe, oder nicht, und sey es, daß die Urkunde zum Zweck eines historischen Beweises, oder nur zufällig, existent wurde. Schriftliche Urkunden **), documenta literaria, sind

---

*) Dieser weite Begriff schwebte auch den Römern vor, denn in L. 1. Dig. 22. 4. spricht Paulus: Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia, quam personae, instrumentorum loco habentur. Daß hierunter Zeugenaussagen und Zeugen zu verstehen seyen, läßt sich bezweifeln. Das Gebiet der Urkunden wird nicht von allen gleich groß bezeichnet; M. s. Gönner, a. a. O. Abh. 46. §. 7. Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verf. §. 88. f. Globig, in der Theorie der Wahrscheinlichkeit. Absch. IX. §. 1. Claproth, in dem ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 230. Martin, a. a. O. §. 194. Thibaut, a. a. O. §. 1174. Blickt man hin auf die Indicien in dem Strafproceß, so findet sich der eben angenommene weite Begriff gerechtfertiget. Tittmann, in dem Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft, §. 814. Bauer, in dem Criminalproceß, §. 151. Auch in dem Civilproceß aber giebt es künstliche Beweise, gestützt auf Urkunden in der weitesten Bedeutung.

**) Gönner, a. a. O. Abh. 46. S. 463 ff. Schneider, v. rechtl. Beweis. §. 195—313. Globig, a. a. O. Absch. IX. §. 3 ff. Tevenar, in der Theorie der Beweise im Civilproc. Absch. II. Cap. 5. S. 126 ff. Thibaut, a. a. O. §. 1173.

eben sowohl nur eine Species, als die Denkmäler*), d. h. nicht schriftliche leblose, zu dem Zweck des Beweises einer vorübergehenden thatsächlichen Begebenheit, oder zur Bezeichnung der Fortdauer eines factischen Zustandes, von Menschen hergestellte Urkunden. Der Gränzstein, Eichpfähle, Malbäume, Wappen, Gemälde, eingegrabene oder aufgezeichnete Inschriften, Leichensteine, Sigille, Kerbhölzer, Ruinen u. dgl. sind Urkunden, desgleichen die bei einem Verdächtigen gefundenen Diebsinstrumente, oder in loco delicti gefundene Sachen, aber auch die Wunde am Körper, der Blutfleck u. s. w. Die Urkunde kann sich auch an einem lebendigen oder todten Subject befinden — ja letztes selbst kann eine Urkunde seyn, so wie ein todtes oder lebendiges Thier**). Das ganze äußere sichtbare Corpus***) der Urkunde ist hier das Beweismittel; was der Richter an oder in der Urkunde mit seinen physischen Sinnen****), oder resp. mittelst seiner Schlußkraft, aus derselben und durch sie in Bezug auf das streitige Factum von dem historischen Gesichtspunkt

---

*) Schreiber, a. a. O. §. 314–330.

**) Wenn z. B. das Schooshündchen einer Dame an einem Ort befunden wird, so dient es zur Urkunde, daß wahrscheinlich auch die Dame selbst allda gegenwärtig ist, oder war.

***) Jede Urkunde ist ein stummer Zeuge, dessen Aussage der Richter selbst abstrahiren muß, spreche sie nun in todten Buchstaben zu ihm, oder gebe sie demselben andere äußere Merkmale eines factischen Verhältnisses. So gehören die Urkunden allerdings zu den wirklichen Beweismitteln, will man nicht sagen: es giebt überhaupt keine andere Beweismittel, als Zeugen, und will man hierunter auch den Gesetzgeber, den Richter, die Parteien u. s. w. geradezu aufzählen.

****) Zunächst ist die Urkunde ein Gegenstand der richterlichen Beaugenscheinigung; durch diese wird der Richter von derselben Existenz versichert. Eine Ausnahme s. m. nota *. S. 57

aus entnimmt, ist ihm der factische Beweisgrund; z. B. die Beschaffenheit des Wappens, der buchstäbliche Inhalt der Urkunde*), Jener thatsächliche Beweisgrund

---

*) Möglich ist aber auch, daß die Existenz der Urkunde eines besondern Beweises durch andere Beweismittel bedarf, wenn nämlich die Urkunde verloren gienge, oder vorübergehend war, oder nur in einem bestimmten Zeitraum in dem beweisenden Verhältniß zu dem streitigen facto stande; z. B. daß ehemals ein Gränzstein an einer bestimmten Stelle sich befunden habe u. dgl. In solchen Fällen wird zunächst die Urkunde selbst der Gegenstand des Beweises, um von dessen Resultat aus einen Beweisgrund für das streitige Hauptfactum rationell zu folgern. Dann ist die Urkunde an sich kein Object der sinnlichen Wahrnehmung des Richters, und der resultirende Beweisgrund wird in Hinsicht auf eine streitige Thatsache selten etwas mehr, als eine praesumtio hominis enthalten, wenn nicht zugleich Aechtheit und Inhalt, oder resp. Zweck der Urkunde, wenigstens in tantum, um einem gesetzlichen Eid zur Basis zu dienen, mit bewiesen wurde. Dieses beziehet sich auf die Fälle, wo das Daseyn einer Urkunde für das vorliegende Beweisthum wesentlich ist. Denn hängt die Wahrheit des streitigen facti von dem Daseyn jener Urkunde nicht ab, so ist der Beweisführer auch nicht genöthigt, seinen Beweis dorthin mit zu richten, kann er durch andere Beweismittel die Wahrheit der streitigen Thatsache zeigen. L. 1. 5. 7. 11. Cod. 4. 21. Vermögte er aber dieses nur unvollkommen, hätte jedoch dabei den Richter auch von dem Verlust einer auf jenes Beweisthum Bezug habenden Urkunde überzeugt, so pflegt ihn die Praxis in Ansehung der gesetzlichen Eide zu begünstigen. Hat sein Gegner den Verlust bösabsichtlich, oder auch nur grobschuldlich veranlaßt, und hat dieses der Beweisführer dargethan, so gehet die Beweislast sofort auf jenen mala fide handelnden Producten über. Dieses ist wohl der Sinn der L. 30. Cod. 4. 21. und L. 2. §. 1. Dig. 49. 14. L. 25. pr. Dig. 22. 3. In der Praxis herrschen hierunter mancherlei Deutungen der unbestimmten Gesetze. Danz, a. a. O. §. 321. Thibaut, a. a. O. §. 1182. ibi all.

aber ist nicht einfach, nicht selbstständig und den Urkunden ausschließlich eigen, sondern fällt in das Gebiet irgend eines Beweisgrundes anderer Beweismittel.

Es kann dieser factische Beweisgrund seyn *),

1) eine Wahrscheinlichkeits-Vermuthung, d. h. rationelle Schlußfolgerung des Richters, §. 5. z. B. vom Wappen auf das Eigenthum.
2) eine Rechtsvermuthung, §. 4. z. B. der Gränzstein mit den legalen Merkmalen.
3) ein Bekenntniß zum eigenen Nachtheil, §. 7. z. B. Schuldschriften.
4) eine Zeugenaussage dritter Personen, §. 6. z. B. die gerichtliche Urkunde enthält ein Zeugniß der moralischen Person des Gerichts.
5) eine evidentia facti, insoferne schon des Richters physische Anschauung der Urkunde volle Identität zwischen dieser und dem zu beweisenden facto entnimmt, §. 5. z. B. er befindet den Kopf des Körpers, dessen Tod in Frage steht, vom Rumpfe getrennt **).

---

*) Eine specielle Ausführung ist hier nicht Zweck. Vergl. Schneider a. a. O. u. §§. 314 – 330. Gönner a. a. O. Abh. 46. Stübel, in dem Criminalverfahren, §. 1032 ff. Daß der aus der Urkunde hervorgehende factische Beweisgrund so verschieden und mit dem nächsten Product bald dieses bald jenes Beweismittels identisch ist, läßt sich keineswegs als Grund auffassen, sie nicht als eigentliche Beweismittel anzusehen. Der Beweisgrund, oder der Beweis selbst, sind sie freilich nicht; insoferne hat Globig a. a. O. Abh. IX. §. 1. vollkommen recht, aber die Sache sind sie, an welcher, oder aus welcher, oder durch welche, ein factischer Beweisgrund sich auffassen läßt, und daher Beweismittel.

**) Eine andere Frage ist: ob nicht diese evidentia mortis erst die Prämisse einer Schlußfolgerung auf ein anderes Factum werde? Conf. §. 5. S. 37 f.

6) ein Urtheil Sachverständiger, §. 6. z. B. bei der Schriftvergleichung S. 63. Die Stärke dieser factischen Beweisgründe, deren Wirkung auf den juristischen Ueberzeugungsgrund, ist eben so manchfaltig, als da, wo sie das nächste Product anderer Beweismittel sind. Das beurkundete Bekenntniß z. B. tritt auch hier unter dessen allgemeine Principien §. 7.

Erheblich ist der Unterschied zwischen einer öffentlichen Urkunde und einer Privat-Urkunde*); bei allen Gattungen aber fragt es sich zunächst: ist die Urkunde ächt, d. h. ist sie auch das, wofür der Beweisführer sie ausgiebt?**) Erst wenn diese Aechtheit außer Zweifel ist, kann der Richter die Urkunde als Quelle eines factischen Beweisgrundes betrachten.

Der Beweis der Aechtheit ist Obliegenheit des Beweisführers; die Frage aber: «gehet aus der

---

*) Gönner, a. a. O. §. 4 ff. Schneider, a. a. O. §. 219 ff. Globig, a. a. O. §. 3 ff. Das instrumentum quasi publicum ist seiner Beweiskraft nach der Privaturkunde gleich; nur der Beweis ihrer Aechtheit wird durch die Unterschrift der des beurkundeten Rechtsgeschäfts wegen zugezogenen Zeugen mehr gesichert. Thibaut, a. a. O. §. 1176. Gönner, a. a. O. §. 3.

**) Gönner, a. a. O. §. 3 f. Auch von nichtschriftlichen Urkunden gilt das Nämliche — auch deren Aechtheit ist voran auszumitteln. Vrgl. Not.* S. 64. Besonders bei der Berichtigung der Indicien in dem Criminalverfahren findet man jene Erscheinung häufig. Wenn ausgeforscht wird, „wem das aufgefundene Mord- oder Diebsinstrument u. dgl. zugehöre, insonderheit, ob es dem Inculpaten zugehöre," so ist solches ein Streben des Beweises der Aechtheit jener Urkunde. Ist diese Aechtheit ergründet, so ist ein factischer Beweisgrund gegeben, bestehend in einer Wahrscheinlichkeitsvermuthung. S. 36. Not. *.

ächten Urkunde ein factischer Beweisgrund hervor, und welcher juristische Ueberzeugungsgrund läßt aus demselben sich entnehmen?» ist Gegenstand der idealen richterlichen Erwägung.

Wenn die Urkunde, wäre sie auch ächt, dennoch einen factischen Beweisgrund für das streitige Factum nicht herzugeben vermag, so ist sie, ihrer Aechtheit ungeachtet, wenigstens dermalen ohne Beweiskraft, und selbst der Beweis ihrer Aechtheit ist eine vergebliche Handlung *).

Manche Urkunden tragen die gerichtskundigen Merkmale an sich, daß sie von einer öffentlichen Behörde, oder unter deren Mitwirkung, zur Existenz gebracht würden, so daß durch jene äußern Zeichen, Urkunden an der Urkunde, der Beweis der Aechtheit sogleich geführt ist durch die richterliche Beaugenscheinigung und amtliche Notorität. Von diesen Urkunden sagt man: «sie bedürfen keiner Recognition» **), i.e. keiner ausdrücklichen Erklärung von Seiten der Producten, «ob er ihre Aechtheit ein=

---

*) Gönner, a. a. O. §. 8. Thibaut a. a. O. §. 1181. Diese Frage gehört auch in das Productionsverfahren. So wenig z. B. der Beklagte im ersten Verfahren auf eine ganz irrelevante Behauptung des Beklagten zu antworten schuldig ist, so wenig braucht sich der Product auf eine Urkunde, welche ohne alle Beweiskraft ist, oder für die streitige Thatsache irgend einen relevanten Beweisgrund nicht enthält, zu erklären: „ob er sie anerkenne oder nicht?“ Jenes begründet eine ex jure sofort liquide Einrede gegen das fruchtlose Beweismittel. Sobald aber auch nur eine praesumtio hominis aus der Urkunde sich folgern ließe, sobald muß der Product auf die Streitfrage die Aechtheit eingehen und das übrige in dem Hauptverfahren ausführen.

**) Gönner, a. a. O. §. 9.

räume oder nicht *). Allein die Urkunde mit jenen urkundlichen Merkmalen der Aechtheit muß dem Producten doch vor Augen gebracht werden, damit er den vorliegenden Beweis der Aechtheit auch beleuchten und gegenbeweislich anfechten könne. Geschiehet jenes Vorzeigen, und unterläßt der Product Tadel und Anfechtung, so erhält schon dieses bloße Schweigen, diese seine negative Handlung, den Namen Agnition **).

Es kann aber auch die Qualität einer öffentlichen Urkunde eines besonderen Beweises bedürfen, durch andere, als ihr anklebende und von selbst sprechende Beweismittel, welche dann an die Stelle der obigen physischen Auffassung des Richters treten, und diesem erst andere factische Beweisgründe für die Aechtheit der Urkunde geben ***). Bei Privat-

---

*) Denn das Bewiesene bedarf keines weitern Beweises. Ein schleuniger Beweis der Aechtheit macht es unnöthig, den Producten erst eine einlassende Antwort auf die Behauptung der Aechtheit abzuverlangen.

) Gönner, a. a. O. Thibaut, a. a. O. §. 1181. Es verschiebt Martin, a. a. O. §. 196. 202 u. 203. die bräuchlichen Begriffe der Recognition und Agnition. Der Sächsische Proceß verpflichtete den Producten zur ausdrücklichen Erklärung über die Aechtheit der als öffentlich producirten Urkunden, zu einer ausdrücklichen Agnition, d. h. Recognition. Die neueren S. Proceßordnungen schließen sich dem gemeinen Recht an. Schaumburg in princ. prax. jud. L. I. Sect. I. mbr. III. Cap. III. §. 13. not.*. Anerkennung, Anerkenntniß, bezeichnet sowohl Agnition, als Recognition. Von der Agnition unterscheidet sich die stillschweigende und fingirte Recognition. S. 43. not. S. 62.

***) Es tritt dieser besondere Aechtheitsbeweis ein, 1) wenn die Merkmale der Qualität einer öffentlichen Urkunde nicht in

urkunden ist dieses immer der Fall *), und hier verweisen die Gesetze den Producenten auf den gewöhnlichen Weg der Beweise mit einigen kürzern Nebenbestimmungen. Zunächst kann der Producent den Producten zur ausdrücklichen Antwort auf die aufgestellte Behauptung der Aechtheit auffordern **), d. h. zur Recognition, und ist befugt, von dem die Aechtheit verneinenden Producten die eidliche Erhärtung dieser Negation zu verlangen ***). Statt dessen kann er aber auch den Beweis der Aecht-

---

die äußern physischen Sinne des Richters fallen, sondern einer besondern Ausmittelung durch andere Beweismittel bedürfen, z. B. bei Gränzsteinen einer Hebung und Beurtheilung der Märker; 2) wenn jene Merkmale nicht gerichtkundig sind, z. B. eine Urkunde mit einem ausländischen, dem Richter unbekannten Siegel; 3) wenn die rechtsgewöhnlichen Merkmale des öffentlichen Glaubens unvollständig erscheinen, z. B. das öffentliche Siegel fehlt neben der Unterschrift, oder 4) wenn diese Merkmale Zeichen der Ungewißheit an sich tragen, z. B. das Siegel ist beschädiget, nicht mehr erkennbar, oder zweideutig.

*) Denn es fehlen an der Urkunde die Beweismittel der Aechtheit. Wird eine Privaturkunde öffentlich beglaubiget, so wird diese Beglaubigungs-Urkunde nur das Beweismittel der Aechtheit jener Privaturkunde.

**) Daher giebt es auch hier eine Strafe der Nichtantwort, die ficta recognitio, wie bei der confessio ficta, S. 46 ff.

***) i. e. den Diffessionseid. Ueber dessen Natur u. s. w. vorzüglich Zimmern, in comm. de jurament. diffessionis. Heidelb. 1817. Was von den Privaturkunden gesagt ist, gilt auch von den doc. quasi publicis, selbst in Hinsicht auf den Diffessionseid. Denn auch diese Documente erfordern die Unterschrift des bekennenden oder sich verpflichtenden Autors. L. 11. Cod. 8. 18. L. 17. Cod. 4. 21.

heit durch Zeugen *) oder Sachverständige **) unternehmen. Obgleich aber ein gleiches Beweisverfahren über den Punkt der Aechtheit auch in Hinsicht auf nicht schriftliche Privaturkunden anwendbar ist, vid. Not. **), so wird doch hierbei der Antrag auf eidliche Abläugnung oft als unanwendbar erscheinen, insofern diese nicht die volle Natur eines defe-

*) Bei den Dom. quasi publicis hauptsächlich durch die eidliche Recognition der Instrumentszeugen. Zwei von ihnen, welche auch die Unterschrift des dritten als selbst percipirtes Factum bekunden, beweisen die Aechtheit vollkommen, und einer derselben, welcher die Unterschriften der beiden andern als selbst bemerkt aussagt, begründet einen gesetzlichen Eid. Dies folgt aus den allgemeinen Principien des Zeugenbeweises. Conf. Nov. 73. Cap. 7. Andere, als Instrumentszeugen, welche die Aechtheit eines Docum. quasi publici, oder einer bloßen Privaturkunde, darthun sollen, müssen bekunden können, „daß die vorliegende Urkunde in ihrer Gegenwart von dem angeblichen Autor hergestellt oder anerkannt worden sey." Ueber die Handschrift urtheilen können sie nicht. L. 16. Cod. 4. 21. ibi verba; pro veritate. Gönner, a. a. O. Abh. 46. §. 15. Wohl aber kann ein solcher Zeugenbeweis vollkommen ausfallen.

**) Bei schriftlichen Urkunden durch Schreibkunstverständige, welche aus der Vergleichung der Schriftzüge einer authentischen d. h. von dem Producten unstreitig herrührenden, Urkunde mit den Schriftzügen der von diesem nicht recognoscirten Urkunde das Gutachten folgern, „ob dieses und jenes Document von dem nämlichen Autor herrühren. L. 16. Cod. 4. 21. und Nov. 73. Cap. 7. Schon das römische Recht findet auch in dem beifälligsten Gutachten jener Sachverständigen nur einen schwankenden Beweis der Aechtheit. Nov. 73. proem. Ein gesetzlicher Eid kann ihn resp. ergänzen, resp. entkräften. Gönner, a. a. O. §. 16 f. Schaumburg l. c. Lib. I. Sect. I. mbr. III. Cap. II. §. 26. Uebrigens ist auch bei nicht schriftlichen Urkunden, z. B. Gemälden, oder auch andern Kunst- und Fleißproducten, eine Vergleichung durch Sachverständige zum Zweck der Ausmittlung, „ob zwei Producte den nämlichen

rirten Eides annimmt*). Auch ist in einzelnen Fällen es denkbar, daß mit dem Beweis der Existenz einer Privat-Urkunde sogleich derjenige ihrer Aechtheit, gleichsam durch eine evidentia facti, mitgegeben erscheint **).

Ein unvollkommener Beweis der Aechtheit einer Urkunde macht auch den aus oder von ihr abzuziehenden factischen Beweisgrund unvollkommen; und je unvollkommener dieser letzte schon an sich wäre, selbst bei einem vollkommenen Beweis der Aechtheit, desto schwankender und schwächer wird auch der dorther zu abstrahirende juristische Beweisgrund für das streitige Hauptfactum. Es können also auch gesetzliche Eide die nächste Folge des Beweises der Urkunden-Aechtheit seyn***), zur Ergänzung oder Auflösung des Aechtheits-Beweises.

(Die Fortsetzung im nächsten Hefte.)

Autor haben, oder beide Objecte diesem angehören," gar wohl denkbar, und stehet im Allgemeinen unter eben jenen Principien. S. oben mit Not. * d. S. 64. Auch der Zeugenbeweis Not.* S. 63. ist hier anwendbar.

*) Z. B. wegen der Anerkennung der Aechtheit eines durch Privatübereinkünfte ohne Concurrenz öffentlicher Personen errichteten Gränzmals. Verlangt hier der Producent eine eidliche Abläugnung der Wahrheit jenes Gränzmals, so unterscheidet sich dieser Eid vom dem Diffessionseid z. B. darinnen, daß der Producent das juram. calumniae abschwören muß, welches bei dem Diffessionseid im speciellen Sinn der Fall nicht ist. Einen Diffessionseid jener Art kannte auch der Römer. Nov. 18. Cap. 8. mit Auth. contra rel. p. leg. 4. Cod. 4. 30.

**) Z.B. durch das Befinden eines gerichtsnotorischen Geschlechtswappens, oder einer Inschrift.

***) Nicht blos in den Noten* u.** S. 63. erwähnten Fällen.